

ALGO SE MUEVE EN LOS PROCESOS DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA*

RAQUEL BLÁZQUEZ MARTÍN**

Resumen: Uno de los efectos de la crisis económica sobre los procesos de ejecución hipotecaria ha sido, además de la consolidación del papel del TJUE, el replanteamiento de figuras jurídicas como la prejudicialidad, la legitimación de los bancos ejecutantes o el principio de preclusión. Este artículo repasa algunos de los debates jurídicos generados en torno a esa capacidad revulsiva que ha resultado tener el Derecho Hipotecario en los dos últimos años.

Palabras clave: Ejecución hipotecaria, TJUE, Prejudicialidad, Legitimación.

Abstract: In addition to the strengthening of the European Court of Justice's role, another effect of the economic crisis on foreclosure proceedings has been the rethinking of legal concepts, such as the preliminary rulings, the legal standing of banks for foreclosure or the principle of preclusion. This article reviews some of the legal debates arisen about the stimulating capacity of the Mortgage Law in the last two years.

Keywords: Foreclosure, European Court of Justice, Preliminary ruling, Legal standing.

SUMARIO: I. UN ENFOQUE SOBRE LA CAPACIDAD REVULSIVA DEL DERECHO HIPOTECARIO; II. LA CONSOLIDACIÓN DEL VALOR DE LA JURISPRUDENCIA DEL TJUE; 1. El replanteamiento de la relación entre los demandados y el órgano judicial. Representación y defensa; 2. El principio de preclusión; 3. La relectura de la prejudicialidad: posibilidades ante las peticiones de suspensión del procedimiento; A. La suspensión del procedimiento por prejudicialidad civil/comunitaria, por aplicación analógica del artículo 43 de la LEC; B. Plantear una cuestión prejudicial; C. La aplicación del derecho comunitario en lugar del derecho nacional; III. MÁS ALLÁ DEL REAL DECRETO 27/2012; IV. ALGUNAS DUDAS SOBRE LA LEGITIMACIÓN ACTIVA EN EL PROCESO DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA; V. LAS DEMANDAS DE EJECUCIÓN PLANTEADAS AL AMPARO DEL ARTÍCULO 236.m) DEL REGLAMENTO HIPOTECARIO.

* Fecha de recepción: 2 de marzo de 2013.

Fecha de aprobación: 13 de junio de 2013.

** Magistrada titular del Juzgado de Primera Instancia n.º 84 de Madrid.

I. UN ENFOQUE SOBRE LA CAPACIDAD REVULSIVA DEL DERECHO HIPOTECARIO

Si hace unos diez años algún autor hubiera osado avanzar la capacidad revulsiva que ha logrado tener el Derecho Hipotecario para replantear principios jurídicos, instituciones centenarias y formas de hacer instaladas en nuestras inercias colectivas, sencillamente, no le hubiéramos creído.

La aplicación del tradicional Derecho Hipotecario, con su arraigo en la propiedad, con su centenaria Ley, con su orden incuestionado e incuestionable durante tantos años, ha demostrado tener un efecto ciertamente efervescente sobre planteamientos jurídicos que trascienden la dimensión estricta del procedimiento de ejecución hipotecaria.

En esta ponencia voy a intentar hacer un repaso a algunos de los efectos de esa ebullición del Derecho que ha provocado la mezcla forzosa de ingredientes sociales, jurídicos y económicos que marcan este momento: la penuria económica del siglo XXI y las estructuras normativas –en lo procesal y en lo material– de los siglos XIX y XX. Me centraré en algunos nuevos enfoques sobre el proceso de ejecución hipotecaria y, en particular, en la revisión de las reglas de postulación, preclusión o prejudicialidad, en la suspensión de los procedimientos por motivos relacionados con la cuestión prejudicial C-415/11 pendiente ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) y en otras cuestiones procesales sobre el RDL 27/2012, la legitimación activa y las demandas de ejecución planteadas al amparo del artículo 236.m) del Reglamento Hipotecario (RH).

II. LA CONSOLIDACIÓN DEL VALOR DE LA JURISPRUDENCIA DEL TJUE

La relación entre el derecho judicial español y la jurisprudencia europea pasa ahora por un momento relativamente dulce. No siempre ha sido así. La formación de los jueces en Derecho Comunitario ha mejorado mucho en los últimos años, pero tradicionalmente, el derecho judicial ha tratado la jurisprudencia europea en materias civiles y procesales con mucha distancia, a diferencia de lo que sucedía en el ámbito del Derecho Mercantil o del Derecho Administrativo. De modo que la primera anotación del balance en esta peculiar capacidad de cambio que ha resultado tener el Derecho Hipotecario, debe ser la general asimilación del TJUE como parte trascendental de nuestro sistema jurídico y la naturalización del planteamiento de cuestiones prejudiciales, al amparo de lo previsto en el artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea¹.

¹ Versión consolidada publicada en el DOUE de 26 de octubre de 2012.

No podemos negar la importancia que en todo este proceso han tenido los pronunciamientos del TJUE sobre los derechos de los consumidores² y las expectativas que ha despertado la cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Barcelona tramitada como procedimiento C-415/11 y el revuelo, mediático y jurídico, de las conclusiones formuladas en él por la Abogada General Sra. Kokott el 8 de noviembre de 2012.

En esta cuestión prejudicial el Juzgado Mercantil número 3 de Barcelona propone al Tribunal de Justicia que entre otros extremos, conteste a cuestiones como:

- 1) Si “un sistema de ejecución de títulos notariales sobre bienes hipotecados o pignorados en el que las posibilidades de oposición frente a la ejecución se encuentran restringidas, es incompatible con la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, cuando el consumidor, ni en el propio procedimiento ejecutivo ni en un procedimiento judicial separado, puede obtener una tutela jurídica efectiva para ejercitar los derechos reconocidos en dicha Directiva, por ejemplo mediante una resolución judicial que suspenda provisionalmente la ejecución forzosa”.
- 2) Igualmente se requiere al TJUE para que pueda dar contenido al concepto de desproporción en orden a la posibilidad de vencimiento anticipado en contratos proyectados en un largo lapso de tiempo –en este caso 33 años– por incumplimientos en un período muy limitado y concreto.

Además del revuelo mediático causado y de la reactivación del debate jurídico del plano más teórico de la cuestión prejudicial, se han producido ya otros dos apuntes en este balance de resultados: la revisión de los planteamientos clásicos sobre postulación y defensa y la reformulación del modo en que otros procedimientos en trámite pueden verse afectados por la pendencia de esa cuestión prejudicial.

1. El replanteamiento de la relación entre los demandados y el órgano judicial. Representación y defensa

Uno de los tradicionales obstáculos del derecho a la defensa de quien es demandado en un procedimiento de ejecución es la dificultad de personarse, en un plazo breve, los diez días posteriores a la notificación del auto de despacho de ejecución (artículos 556 y 695 de la LEC) con abogado y procurador, por el coste económico que supone, para quien ya se encuentra en una situación económica de al menos aparente falta de solvencia y por las

² Son recurrentemente citadas las sentencias de 6 de octubre de 2009, Asturcom Telecomunicaciones, C-40/08, de 14 de junio de 2012, Banco Español de Crédito, C-618/10, de 9 de noviembre de 2010, VB Pénzügyi Lízing, C-137/08 de 4 de junio de 2009, Pannon GSM, o la sentencia de 21 de noviembre de 2002, Cofidis, C-473/00.

limitaciones que sigue teniendo la tramitación y el reconocimiento del derecho a la justicia gratuita.

La dinámica actual de la ejecución hipotecaria le ha dado una vuelta de tuerca interesante a esta cuestión cuando se trata de resolver sobre las frecuentes peticiones que los deudores dirigen al Juzgado para lograr la suspensión del procedimiento. Siendo cierto que la norma general es que la presentación de cualquier escrito en un procedimiento de ejecución tiene que ir obligatoriamente suscrita por abogado y por procurador (artículo 539 de la LEC, salvo en ejecuciones de títulos judiciales de cuantía inferior a 2.000 euros) y que el incumplimiento de este requisito, si no es subsanado en el plazo que el tribunal conceda (artículo 231 de la LEC) dará lugar a la inadmisión del escrito (artículo 31 de la LEC), se razona en los casos en los que se solicita la suspensión de procedimiento por el efecto de la cuestión prejudicial y, subsidiariamente, el planteamiento de una cuestión prejudicial europea en similares términos a las ya pendientes, lo siguiente:

1.- Que la solicitud subsidiaria de plantear una cuestión prejudicial europea que se contiene en ese tipo de escritos debe ser incluida en la categoría de *petición de suspensión urgente de vistas o actuaciones* del artículo 31, urgencia que se relaciona con los perjuicios que la continuación del procedimiento puede generar para la parte demandada, según cuál sea el resultado de la cuestión prejudicial pendiente de resolución. La similitud que existe entre esta situación y los supuestos contemplados en los artículos 23 y 31 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) como excepciones a la preceptiva representación por medio de procurador y a contar con dirección letrada puede fundamentar la admisión de escritos sin firma de abogado y procurador.

El problema que plantea esta interpretación es que el artículo 31 de la LEC sí exceptiona, sin ninguna duda, la necesidad de asistencia letrada en ese tipo de peticiones de suspensión de vistas o actuaciones, pero esta misma excepción no aparece en el artículo 23 al regular la intervención de los procuradores. Lo cierto es que los artículos 23 y 31 no han sido hasta ahora preceptos especialmente polémicos, por lo que los pronunciamientos judiciales sobre ellos, más allá de lo obvio, son relativamente escasos³ y no impiden esta interpretación favorable a la admisión de los escritos en los que se pide la suspensión del procedimiento.

2.- Por otro lado, el artículo 16 de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita (LAJG) no garantiza que, solicitada la designación de abogado y procurador de oficio, proceda la suspensión del curso del procedimiento. Después de la última reforma de la LAJG⁴, el

³ La SAP de Málaga, sección 5ª, de 27 de junio de 2011, viene a considerar que ni siquiera cabría la declaración de nulidad de actuaciones por la actuación directa de quien actúa sin abogado y procurador. Sólo cabe declarar la nulidad de actuaciones –artículo 238– cuando se haya prescindido de las normas esenciales del procedimiento y por esa causa haya podido producirse indefensión. Y, como ha reiterado el Tribunal Supremo, cuando sea la parte la que incurra por su negligencia o desidia en la infracción procesal, no habrá lugar a la nulidad en tanto la posible indefensión se debe a quien la sufre.

⁴ Real Decreto Ley 3/2013.

juez queda incluso apartado de esa decisión, ahora ya sometida al exclusivo criterio del secretario judicial. Si, como es habitual, la entidad ejecutante se opone a la suspensión del procedimiento por causa de prejudicialidad, lo lógico es suponer que también se opondría a la posible suspensión motivada por la petición del reconocimiento del derecho a la justicia gratuita. De donde se deduce que si se acuerda la suspensión hasta la designación de los profesionales de oficio, ésta se prolongaría por un periodo excesivo durante el cual la petición de fondo estaría pendiente de resolución. En definitiva, acordar una primera suspensión provisional por una cuestión de postulación a la que seguiría la decisión definitiva sobre la suspensión por prejudicialidad causaría un perjuicio mayor al ejecutante que el que se produciría de entrar a valorar el fondo de la controversia aun sin contar la parte ejecutada con abogado y procurador. Desde ese otro punto de vista, el de la parte ejecutada, si no se acuerda la suspensión de la causa y se continúa con la tramitación de la ejecución, el perjuicio que se puede llegar a causar es aún mayor, si el TJUE considera el procedimiento de ejecución hipotecaria como incompatible con la Directiva 93/13/CEE.

3.- Como no puede descartarse que la suspensión y/o planteamiento de la cuestión de prejudicialidad sea controlable de oficio por el tribunal, si una de las partes traslada al tribunal la petición de resolver el problema suscitado, éste no puede ampararse en una cuestión de postulación para rechazar entrar en el fondo de una controversia que puede plantear sin intervención activa de las partes.

2. El principio de preclusión

Una de las dudas que se plantean cuando el deudor hipotecario pide la suspensión del proceso de ejecución está relacionada con los efectos tradicionalmente anudados al principio de preclusión del artículo 136 de la LEC. El motivo que justifica la petición de la suspensión o el planteamiento de una cuestión prejudicial ¿debía haber sido alegado en el plazo previsto para la oposición a la ejecución? La respuesta puede ser motivadamente negativa: no puede precluir la posibilidad de alegar aquello que la ley no permite alegar, por lo que el planteamiento sería un tanto perverso si se rechaza, por una simple cuestión de preclusión del plazo de oposición, el análisis de cuestiones que con la regulación vigente no podrían ser planteadas en ese plazo de diez días.

3. La relectura de la prejudicialidad: posibilidades ante las peticiones de suspensión del procedimiento

En estos supuestos en los que el juez debe decidir en qué medida la resolución de la cuestión prejudicial pendiente ante el TJUE afecta a otros procedimientos en marcha, hay

dos opciones básicas: negar toda posibilidad de afectación⁵ o aceptar que la futura decisión de esa cuestión prejudicial puede tener ya consecuencias sobre otras ejecuciones hipotecarias en marcha. En este segundo caso, las posibilidades son tres:

A. La suspensión del procedimiento por prejudicialidad civil/comunitaria, por aplicación analógica del artículo 43 de la LEC

¿Puede aplicarse el artículo 43 de la LEC⁶ a las cuestiones prejudiciales europeas? Es evidente que este precepto no regula la cuestión prejudicial comunitaria, porque se limita a la que puede existir entre órganos judiciales nacionales. Cuando el Tribunal Supremo (TS) se ha planteado esta cuestión, ha negado, en términos generales, que el régimen del artículo 43 pueda aplicarse a estos supuestos⁷. Sin embargo, lo que las sentencias del TS no contemplan es el supuesto que se está dando en la actualidad, en el que la petición de suspensión por prejudicialidad europea va seguida de la petición subsidiaria del planteamiento de una nueva cuestión prejudicial para que el TJUE también se pronuncie sobre las mismas cues-

⁵ Hay resoluciones en este sentido de diversos Juzgados: Juzgado de 1ª Instancia 19 de Málaga y Juzgado de 1ª Instancia 7 de Sabadell, por citar dos ejemplos. Existen otras decisiones en sentido contrario de los Juzgados de 1ª Instancia número 6 de Sabadell, número 2 de Azpeitia y número 38 de Barcelona y un trabajo argumental que ha sido estudiado por algunas Juntas de Jueces, como la de Lleida.

⁶ El artículo 43 de la LEC establece que “cuando para resolver sobre el objeto del litigio sea necesario decidir acerca de alguna cuestión que, a su vez, constituya el objeto principal de otro proceso pendiente ante el mismo o distinto tribunal civil, si no fuere posible la acumulación de autos, el tribunal, a petición de ambas partes o de una de ellas, oída la contraria, podrá mediante auto decretar la suspensión del curso de las actuaciones, en el estado en que se hallen, hasta que finalice el proceso que tenga por objeto la cuestión prejudicial. Contra el auto que deniegue la petición cabrá recurso de reposición, y contra el auto que acuerde la suspensión cabrá presentar recurso de apelación”.

⁷ En la STS de 20 de Septiembre de 2011 (ROJ: STS 5891/2011) ya se indicaba que el “artículo 16 del Reglamento (CE) 1/2003 contempla –bajo el epígrafe «aplicación uniforme de la normativa comunitaria de competencia»– la posibilidad de que los órganos jurisdiccionales nacionales suspendan la tramitación de los procedimientos que ante ellos se tramiten cuando deban adoptar decisiones susceptibles de entrar en conflicto con alguna de la Comisión prevista en procedimientos que dicho órgano ya haya incoado. No se refiere, sin embargo, a la suspensión de un proceso por haberse planteado ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea una cuestión prejudicial pendiente de decisión –sobre ello, nuestra sentencia 382/2011, de 13 de junio–. El artículo 234 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea –hoy 267 del de Funcionamiento de la Unión Europea– no impone a los órganos jurisdiccionales nacionales la suspensión del procedimiento cuando se esté tramitando una cuestión prejudicial sobre alguna materia relacionada con la que en él sea *res iudicanda*. Sólo contempla la posibilidad de someter la cuestión al Tribunal de Justicia y el deber de hacerlo sólo si las decisiones de aquéllos no fueran susceptibles de ulterior recurso judicial de derecho interno, y, como precisó la antes citada sentencia de 6 de octubre de 1982 (C-283/81) “a menos que hayan comprobado que la cuestión suscitada no es pertinente o que la comunitaria de que se trata fue ya objeto de interpretación por el Tribunal de Justicia o que la correcta aplicación del derecho comunitario se impone con tal evidencia que no deja lugar a duda razonable alguna”. “El artículo 43 de la Ley de Enjuiciamiento Civil contempla la posibilidad de la suspensión del curso de las actuaciones, a petición de las dos partes o de una, oída la contraria, a la espera de que finalice el proceso que tenga por objeto una cuestión prejudicial civil. Pero no se refiere a la prejudicialidad comunitaria, sometida a un régimen particular y distinto”.

ciones ya planteadas, lo que lleva a tener que decidir no sólo sobre la cuestión más simple de la suspensión, sino también sobre esta otra solicitud condicionada a la negativa y mucho más compleja: si procede el planteamiento de una nueva cuestión prejudicial comunitaria. Quienes entienden que en estos casos sería necesario, en hipótesis, el planteamiento de esa nueva cuestión utilizan dos argumentos básicos:

1.- Es obligatorio el planteamiento por el régimen de recursos establecido en el procedimiento de ejecución hipotecaria. El artículo 267 del TFUE establece que “cuando se plantee una cuestión de este tipo en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional, cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno, dicho órgano estará obligado a someter la cuestión al Tribunal”. ¿Integra el procedimiento de ejecución hipotecaria este supuesto de hecho? Hay razones para pensar que sí: frente al auto por el que se despacha ejecución no cabe recurso alguno, sin perjuicio de la oposición a la ejecución (artículo 551.4 de la LEC). No cabe recurso devolutivo frente a tal auto que resuelve la oposición por motivos de forma (artículo 559 de la LEC). Frente al auto que desestima la oposición por motivos de fondo tampoco cabe recurso de apelación (artículo 695.4 de la LEC). A ello se añade que frente al auto que denegase la suspensión por prejudicialidad, solo cabría recurso de reposición (artículo 43 de la LEC). Es claro, por lo tanto, que en la mayoría de los casos las decisiones que se adopten en este procedimiento no podrán llegar a una segunda instancia. En consecuencia, debe considerarse obligatorio el planteamiento de la cuestión prejudicial antes de llegar a la adjudicación del inmueble hipotecado y a la finalización del procedimiento.

2.- Además de ser obligatorio, existen motivos jurídicos de fondo para justificar el planteamiento de la cuestión. Se reiteran aquí los argumentos expuestos en las cuestiones prejudiciales pendientes: las posibles cláusulas abusivas (intereses de demora, cláusulas suelo...), la posible desproporción entre la consecuencia –vencimiento anticipado de la obligación con la correlativa obligación de devolver todo el capital– y el hecho que la motiva –el incumplimiento de determinadas cuotas del préstamo–, la limitación de los motivos de oposición, la imposibilidad de suspender el lanzamiento pese a la tramitación de un procedimiento declarativo...

Decidida la conveniencia y/o necesidad de plantear la cuestión prejudicial, hay que estudiar si es más ajustado a derecho el planteamiento de la misma (esto es, reproducir, con más o menos matices la cuestión pendiente) o la interpretación flexible del artículo 43 LEC para acordar la suspensión hasta la resolución de la cuestión ya planteada. Los argumentos para concluir a favor de la procedencia de la suspensión por prejudicialidad son básicamente dos:

1.- Plantear una cuestión prejudicial con objeto idéntico al que debe resolverse en un futuro próximo resulta poco compatible con el principio de economía procesal, teniendo en cuenta que la decisión que se adopte en la cuestión prejudicial ya planteada será vinculante para el juez nacional y para el propio legislador español, de modo que la suspensión por

prejudicialidad es la solución menos perjudicial para las partes, en términos de tiempo y de duración del procedimiento.

2.- El planteamiento de una nueva cuestión provocaría la suspensión del procedimiento hasta que el Tribunal Europeo decidiera sobre la misma. Dado que la cuestión se plantearía en similares términos a las ya pendientes, lo resuelto para éstas sería idéntico y vincularía a lo que se resolviera para la posterior, por lo que parece lógico aplicar la doctrina consolidada del propio Tribunal que exime del deber de plantear la cuestión prejudicial si ya se ha resuelto una materialmente idéntica⁸.

B. Plantear una cuestión prejudicial

La decisión que en un contexto similar adoptó el Juzgado de 1ª Instancia número 1 de Catarroja fue plantear una nueva cuestión prejudicial⁹ que tiene por objeto la interpretación, a la luz del principio de efectividad del Derecho de la Unión Europea, de los artículos 3, 6 y 7 Directiva 93/13/CEE, en relación con el proceso de ejecución hipotecaria, en particular con los motivos de oposición previstos en el artículo 695 de la LEC. Se trata de un procedimiento de ejecución hipotecaria que se inicia porque, tras cuatro años de cumplimiento, el deudor hipotecario comienza a impagar las cuotas. Despachada la ejecución y tras la tramitación del derecho a la justicia gratuita, la parte ejecutada se opuso a la ejecución alegando el carácter abusivo de una cláusula suelo. El juzgado tramitó la oposición y celebró la vista, en la que la entidad bancaria opuso que la alegación de la posible abusividad de la cláusula no tenía cabida entre las causas de oposición que recogía taxativamente el artículo 695 de la LEC. Oídas las partes sobre el planteamiento de la cuestión (con la conformidad de la ejecutada y la oposición de la ejecutante) el fiscal expuso que, a su juicio, no resultaba necesario plantear la cuestión prejudicial, puesto que estimaba que el órgano jurisdiccional directamente podía entrar a valorar tanto de oficio como a instancia de parte el carácter abusivo de una cláusula existente en un contrato celebrado con el consumidor. Para el caso de que no se compartiera dicho planteamiento, se mostraba favorable al planteamiento de la presente cuestión prejudicial.

El argumento esencial del juzgado en la decisión de plantear una nueva cuestión es el siguiente: si, como es evidente, el carácter abusivo de una de las cláusulas del contrato, no tiene cabida en los motivos de oposición legalmente previstos, sólo hay dos alternativas: una, la desestimación de la oposición, con imposición de las costas a la parte ejecutada, sin recurso alguno, y la continuación de la ejecución por sus trámites (embargo y posterior subasta de la vivienda hipotecada e incluso continuación de la ejecución sobre otros bienes

⁸ Se citan, en este sentido, la sentencia de veintisiete de marzo de 1963 (asunto *Da Costa*) y la de diecinueve de noviembre de 1991 (asunto *Francovich y Bonifaci*).

⁹ Asunto: Ejecución Hipotecaria 97/12. Auto de 15 de noviembre de 2012.

si el importe de la subasta no es suficiente para cubrir el importe de la deuda), o, dos, el planteamiento de la cuestión prejudicial, que es lo que hace.

Es importante en este punto el precedente de la STJUE de 14 de junio de 2012¹⁰. Dice esta sentencia que “la competencia del juez nacional que conoce de una demanda en proceso monitorio se circunscribe a comprobar que concurren los requisitos formales para iniciar dicho procedimiento (...) sin poder examinar –*in limine litis* ni en ninguna fase del procedimiento– la procedencia de la demanda a la luz de los datos de que disponga, salvo en caso de que el deudor se niegue a pagar la deuda o formule oposición dentro de un plazo de veinte días contados a partir de la fecha de la notificación del mencionado requerimiento de pago”. Y, sobre esta base, concluye: “Pues bien, en este contexto, procede declarar que un régimen procesal de este tipo, que no permite que el juez que conoce de una demanda en un proceso monitorio, aun cuando ya disponga de todos los elementos de hecho y de Derecho necesarios al efecto, examine de oficio –*in limine litis* ni en ninguna fase del procedimiento– el carácter abusivo de las cláusulas contenidas en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, cuando este último no haya formulado oposición, puede menoscabar la efectividad de la protección que pretende garantizar la Directiva 93/13”.

La cuestión de Catarroja, después de exponer el contenido de la Directiva 93/13 (artículos 3, 6, 7), el derecho nacional sustantivo (Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, artículos 82 y 83) y procesal (artículos 681 y ss. de la LEC), hace un repaso por la jurisprudencia sobre el procedimiento especial de ejecución hipotecaria, que no admite ninguna posibilidad de cuestiones dilatorias ni de otra naturaleza que pudieran sustanciarse en un posterior declarativo, con causas de oposición tasadas y causas de suspensión más tasadas aún.

El juez de Catarroja se plantea cómo compatibilizar el proceso de ejecución hipotecaria con la Directiva 93/13, teniendo en cuenta esa limitación de las causas de oposición y la importancia de los bienes jurídicos en juego, esto es, el derecho constitucional a la vivienda: “La decisión del legislador español de proteger especialmente, a través de un procedimiento tan estricto y riguroso como el que es objeto de consideración en el presente asunto, puede considerarse razonable, pero siempre y cuando se respeten derechos igualmente necesitados de especial protección, como sería en este caso la protección de los consumidores frente a posibles cláusulas abusivas redactadas e impuestas en los contratos por las entidades financieras, que son quienes sin lugar a dudas ocupan una posición predominante y de fuerza en la celebración de un contrato de financiación como sería el préstamo hipotecario”¹¹.

Frente a la jurisprudencia del TJUE y a las exigencias derivadas del principio de efectividad, la configuración actual del proceso de ejecución hipotecaria conlleva que para la

¹⁰ Asunto Banco Español de Crédito, C-618/10.

¹¹ Cita de las conclusiones de la Abogada General Sra. Verica Trstenjak en el asunto Banco Español de Crédito, C-618/10.

generalidad de los deudores no exista una posibilidad real de oposición. El párrafo 54 de la sentencia ya mencionada, afirmaba: “existe un riesgo no desdeñable de que los consumidores afectados no formulen la oposición requerida, ya sea debido al plazo particularmente breve previsto para ello, ya sea porque los costes que implica la acción judicial en relación con la cuantía de la deuda litigiosa puedan disuadirlos de defenderse, ya sea porque ignoran sus derechos o no perciben cabalmente la amplitud de los mismos, o ya sea debido, por último, al contenido limitado de la demanda presentada por los profesionales en el proceso monitorio y, por ende, al carácter incompleto de la información de que dispone”. Y si ese riesgo fue apreciado por el TJUE en un proceso monitorio, la evidencia y certeza del mismo, se concluye, es mayor en el ámbito de las ejecuciones hipotecarias.

La cuestión prejudicial de Catarroja es ciertamente distinta de la planteada por el Juzgado de lo Mercantil de Barcelona, que responde al marco de un juicio ordinario sobre condiciones generales de la contratación, por lo que se pide la acumulación de ambas cuestiones al amparo de lo previsto en el artículo 54 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia. Esa acumulación permitiría, además, salvar el relativo escollo alegado tanto por la Comisión como por el Gobierno Español y que fue asumido por la Abogada General en sus conclusiones, consistente en que el procedimiento en cuyo ámbito se planteó la cuestión por el Juzgado de lo Mercantil 3 de Barcelona era un procedimiento declarativo.

C. La aplicación del derecho comunitario en lugar del derecho nacional

Esta tercera alternativa no es posible porque equivaldría a afirmar que lo que ha sido objeto de cuestión prejudicial no genera dudas de interpretación respecto a la confrontación entre el procedimiento de ejecución hipotecaria y el Derecho Comunitario, dando por supuesto que son incompatibles. Es cierto que el TJUE considera que el juez nacional “está obligado a inaplicar normas de su propia autoridad en el supuesto de considerarlas incompatibles con el Derecho Comunitario”. Para el caso de generarse alguna duda interpretativa o de validez deberá plantear cuestión prejudicial europea. Por tanto, la inaplicación de una ley nacional por contraria al Derecho de la Unión no pasa, por definición, por plantear cuestión prejudicial¹².

El Tribunal Constitucional ha revisado esta doctrina¹³ llegando a considerar que el juez nacional debe plantear la cuestión prejudicial comunitaria siempre antes de inaplicar el derecho nacional por contravenir el Derecho Comunitario. Sin embargo, en la STC 78/10 (Pleno) sostiene que no hay obligación de plantear la cuestión, incluso aunque no quepa recurso, cuando la cuestión suscitada fuese materialmente idéntica a otra que haya sido

¹² Sentencia de 9 de marzo de 1998 (asunto *Simmmenthal*).

¹³ Así, en primer lugar, a través de las Sentencias 58/2004, de diecinueve de abril, y 194/2006, de diecinueve de junio. Dicha doctrina fue asumida por el Tribunal Supremo, entre otras, en la Sentencia de la Sala Tercera de diecisiete de julio de 2009.

objeto de una decisión prejudicial en un caso análogo. Existe, por tanto, poco margen para la aplicación directa del Derecho Comunitario en este caso concreto.

III. MÁS ALLÁ DEL REAL DECRETO 27/2012

Las críticas a la cicatería del RD 27/2012, de 15 de noviembre, de medidas urgentes para reforzar la protección de los deudores hipotecarios, han sido muchas y muy fundadas. Sus efectos son de lo más limitado, porque se circunscriben a la suspensión de los lanzamientos (inmediata y por un plazo de dos años), pero ello no lleva aparejada una moratoria de la obligación de pago, que es el tipo de medidas que otros países han acordado en contextos de crisis.

La dificultad de reunir todos los requisitos necesarios para su aplicación es evidente con su sola enumeración. Se establecen dos bloques de exigencias, en el primero de los cuales debe concurrir al menos una y en el segundo todas. Debe tratarse, alternativamente, de familias numerosas, monoparentales con dos hijos a cargo, con un menor de tres años o algún miembro discapacitado o dependiente o en las que el deudor hipotecario se encuentre en situación de desempleo y haya agotado las prestaciones sociales por la conciliación de víctimas de violencia de género. Si se da una de estas circunstancias, es obligatoria además la concurrencia conjunta de los siguientes requisitos: los ingresos familiares no podrán superar el límite de tres veces el IPREM; en los cuatro años anteriores al momento de la solicitud, la unidad familiar ha debido sufrir una alteración significativa de sus circunstancias económicas, de modo que el esfuerzo que represente la carga hipotecaria sobre la renta familiar se haya multiplicado por al menos 1,5; la cuota hipotecaria debe ser superior al 50% de los ingresos netos de la unidad familiar; y el préstamo hipotecario debe afectar a la única vivienda en propiedad del deudor y haber sido concedido para la adquisición de la misma.

Existen, por otra parte, múltiples problemas que la nueva regulación no resuelve: si se aplica únicamente al deudor hipotecario o también al llamado fiador real, quién debe hacer frente a los gastos e impuestos inherentes a la vivienda, además de diversas cuestiones procesales que el RD no menciona y que no siempre pueden ser resueltas únicamente con las normas generales de la LEC (régimen de recursos, aplicabilidad del artículo 579...)

Pero, a pesar de sus limitados efectos, el R27/2012 contiene una cierta marea de fondo: desde los postulados clásicos del derecho privado se ha considerado incluso sorprendente que un Gobierno como el español haya entrado de forma tan radical en cuestiones tan inherentes a la propiedad privada y la privación de las facultades inherentes al dominio de los inmuebles, sin derecho a expropiación¹⁴.

¹⁴ José Manuel RUIZ-RICO RUIZ y Yolanda DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA. Diario La Ley, N° 7977, Sección Tribuna, 3 Dic. 2012, Editorial LA LEY.

Más allá de los debates doctrinales, en la práctica se han impuesto interpretaciones rigurosas pero imaginativas, como la de la Junta de Jueces de Bilbao, que aprobó un protocolo que conlleva las siguientes medidas:

1.- Dación de cuenta por el secretario judicial de las ejecuciones de vivienda habitual en las que el deudor hipotecario no se encuentre personado y cuyo lanzamiento esté ya señalado para que pueda el juez, con suspensión de la diligencia en su caso, citarle de comparecencia en el plazo de 10 días ante el juzgado.

2.- En la comparecencia se informará al deudor hipotecario de que, si quiere solicitar la suspensión del lanzamiento, debe acreditar los requisitos del RDL. Igualmente se le informará de la posibilidad de personarse en el procedimiento asistido de letrado y representado por procurador, o de solicitar asistencia jurídica gratuita. En este segundo caso se le indicará la forma de tramitar dicha solicitud, remitiéndoles al servicio competente.

3.- En el supuesto de que el ejecutado formulara solicitud de asistencia jurídica gratuita, el Juez (tras el RDL 3/2013 el secretario judicial) resolverá sobre la suspensión del curso del procedimiento hasta que haya recaído resolución sobre reconocimiento del derecho.

4.- Presentada la solicitud de suspensión del lanzamiento, bien por el ejecutado (sin necesidad, pues, de postulación) o bien por su representación procesal, se dará traslado de la misma a la parte ejecutante para que en el plazo de cinco días presente alegaciones, resolviendo el juez mediante auto susceptible de recurso de reposición.

En otros juzgados se han utilizado las posibilidades que brinda la mediación en los supuestos generalizados en los que la falta de pago de las cuotas mensuales de amortización ha supuesto dar por vencida la totalidad de la deuda, lo que determina la imposibilidad del deudor de abonarla y aboca a la terminación de la ejecución hipotecaria con la pérdida de la vivienda familiar, lo que supone el riesgo de exclusión social para el demandado y, desde el punto de vista del banco ejecutante, el riesgo de que la venta en subasta de la vivienda no suponga la realización del crédito en efectivo. Se entiende que en el contexto de la mediación (Real Decreto-Ley 5/2012 de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles) es posible encontrar otras soluciones que tiendan a satisfacer los intereses de ambas partes y que no pueden imponerse por el juez pero serán válidas y eficaces por acuerdo de las mismas (entrega de vivienda y alquiler social, reducción de deuda, moratoria, etc.).

IV. ALGUNAS DUDAS SOBRE LA LEGITIMACIÓN ACTIVA EN EL PROCESO DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA

En los dos últimos años, algunos tribunales están denegando la admisión a trámite de las demandas de ejecución hipotecaria o acordando posteriormente su archivo cuando quien la pretende no es la entidad bancaria ejecutante, sino otra por cesión de crédito u otras figuras

similares, porque ese tipo de cesiones no suelen estar inscritas en el Registro de la Propiedad. Son los casos de Bankia, NCG Banco SA... en su intento de ejecutar hipotecas concertadas por la Caja de Ahorros de Galicia, Caixa Nova, Caja Madrid... En general, estas entidades están recurriendo en apelación la inadmisión porque consideran que la cesión no requiere la inscripción en el Registro de la Propiedad, citando para ello, el artículo 540 de la LEC, que prevé el despacho de la ejecución a favor del sucesor del que figure en el título, y el artículo 685 de la LEC y sus concordantes, que no exigen que se acredite la inscripción de la cesión. Y sobre todo, citando la sorpresa que les producen resoluciones como ésta cuando hasta hace poco no se les había puesto ningún problema¹⁵. Los argumentos que justifican la exigencia de inscripción de la cesión para iniciar el procedimiento hipotecario son diversos:

1.- En primer lugar, se justifica el rigor del control de los títulos que pueden dar lugar al proceso hipotecario por el carácter sumario con que está configurado, por las limitadas causas de oposición que puede esgrimir la parte demandada y porque ni siquiera hay traba previa, sino directamente la subasta del inmueble sujeto a la garantía si el deudor no procede al pago¹⁶. Ese mayor rigor se considera también aplicable al contenido del título aportado y a las exigencias inherentes al proceso de ejecución hipotecaria, que tiene como base esencial la fiabilidad que ofrece el contenido del Registro de la Propiedad, lo que explica que si no puede acompañarse a la demanda el título inscrito, sea necesario adjuntar certificación del Registro acreditativa de la inscripción y subsistencia de la hipoteca. La fiabilidad del Registro se basa, entre otros elementos, en el sistema de folio real o por fincas (artículo 243 LH), lo que implica que todas las incidencias que afecten a una finca, y entre ellas la cesión de la garantía real constituida, consten en la correspondiente inscripción.

2.- Se distingue entre el crédito y la garantía hipotecaria porque el crédito puede considerarse transmitido sin necesidad de la inscripción, pero la garantía real no. Aunque ningún precepto establece el carácter constitutivo de la inscripción, esa inscripción es necesaria si lo que se pretende es acudir al procedimiento de ejecución hipotecaria, que no puede tramitarse sobre un título en el que aparece como titular del derecho real de garantía alguien distinto a quien promueve el proceso.

¹⁵ Dice el auto de la AP de Castellón, Sección 3ª, de 16 de noviembre de 2012, auto 194: “es irrelevante la mención a la existencia de precedentes en que —dice la recurrente— ninguna dificultad ha encontrado para obtener la ejecución, por cuanto el grado de razón que pueda asistirle ha de ser cualitativo, no cuantitativo; esto es, no dependerá del número de resoluciones favorables, sino de la solvencia jurídica de su postura a criterio del tribunal a quien compete la resolución”. Otros autos de la misma sección: Autos núm. 133 de 12 de julio de 2012 y núm. 141 de 24 de julio de 2012. En contra de la necesidad de inscribir la cesión para acudir al procedimiento de ejecución hipotecaria se pronuncia la Sección 12 de la Audiencia Provincial de Madrid en auto de 11 de enero de 2013.

¹⁶ La doctrina del rigor formal del procedimiento hipotecario ha sido analizada en STS 1159/2004 y 105/2007, en las que se considera que el rigor en la observancia de los trámites y formalidades legales, teniendo en cuenta la naturaleza del proceso de ejecución, “ha de ajustarse formalmente al cumplimiento de las mismas en función de la precariedad de medios que tiene el deudor para su defensa”.

3.- La norma general del artículo 540 de la LEC acerca del despacho de ejecución a favor de quien acredite ser sucesor del que figure como ejecutante en el título no es aplicable por la especialidad del proceso hipotecario, en el que el título y la inscripción registral han de ser suficientes por sí mismos para la iniciación del procedimiento, sin necesidad de integración con otros documentos, pues en tal caso carecería de sentido la certificación a que se refiere el art. 688 LEC.

4.- El artículo 149 LH admite la cesión del préstamo garantizado con hipoteca realizada en escritura pública, siempre que se inscriba en el Registro de la Propiedad. En el mismo sentido, el artículo 244 del Reglamento mantiene la misma exigencia, con la sola excepción de los casos a los que se refiere el art. 150 de la Ley (hipotecas constituidas para garantizar obligaciones transferibles por endoso o títulos al portador).

5.- La Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre Subrogación y Modificación de Préstamos Hipotecarios, dispone en su artículo 5 que la subrogación no surte efectos frente a terceros si no se ha inscrito en el Registro; es decir, los prestatarios contra quienes se plantea la ejecución son parte en el préstamo hipotecario, pero tienen la condición de terceros en el ámbito de la transmisión del crédito.

La consecuencia que se extrae de estos argumentos es que la entidad bancaria cesionaria a quien se deniega la ejecución hipotecaria ha de hacer valer su derecho en el proceso declarativo correspondiente, según establece el artículo 552.3 de la LEC.

V. LAS DEMANDAS DE EJECUCIÓN PLANTEADAS AL AMPARO DEL ARTÍCULO 236.m) DEL REGLAMENTO HIPOTECARIO

Cuando el procedimiento de realización de la hipoteca ha sido extrajudicial, esto es, ante notario (artículo 236 y concordantes del RH), cabe la duda de si el adjudicatario puede solicitar mediante una demanda ejecutiva la entrega de la posesión de la vivienda. Esta duda se ha resuelto por diversos juzgados considerando que la escritura notarial de adquisición de un inmueble en el expediente de venta extrajudicial de un bien hipotecado no constituye un título ejecutivo hábil para obtener mediante la vía ejecutiva judicial la entrega de la posesión de la vivienda y el lanzamiento de sus ocupantes. El artículo 236.m del Reglamento Hipotecario, que desde luego no puede contradecir lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil, únicamente afirma que el adjudicatario podrá pedir la posesión de los bienes adquiridos al Juez de Primera Instancia del lugar en donde radiquen. Y el artículo 1462 del Código Civil entiende entregada la cosa vendida cuando se ponga en poder y posesión del comprador, lo que sucede, cuando se haga la venta mediante escritura pública, con su otorgamiento, si de la misma no resultare o se dedujere claramente lo contrario.

Por ello, no hay título ejecutivo de cuyo contenido se derive el despacho de ejecución, sin perjuicio de que el adjudicatario pueda acudir al procedimiento judicial sumario del artículo 250.1.7º de la LEC, al juicio verbal de desahucio por precario del artículo 250.1.2º o al proceso declarativo que corresponda por razón de la cuantía.